

Die praktische Gestaltung der Bauverträge

Prof. Dr. iur. Peter Gauch

Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: Baurechtstagung Freiburg 1993, Tagungsunterlagen, S. 2 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[4] Die "praktische Gestaltung der Bauverträge" ist ein faszinierendes, aber zugleich vielschichtig-weites Thema. Zunächst stellt sich die Frage, welche Vertragsarten die Baupraxis herausgebildet hat. Damit befasse ich mich im ersten Abschnitt (I.). Dann konzentriere ich meine Ausführungen auf den Bauwerkvertrag (den Bauvertrag im engeren Sinne). Ich spreche (II.) von der derzeitigen Vertragspraxis und unterbreite (III.) Vorschläge zur praktischen Vertragsgestaltung.

I. Die wichtigsten Verträge der Baupraxis

1. Die Baupraxis hat zahlreiche Vertragsarten herausgebildet. Zu den **bekanntesten Verträgen der Baubranche**, die pro memoria zu erwähnen sind, gehört die folgende, erste Gruppe:

- a. **Der Bauwerkvertrag**, der sich auf die entgeltliche Ausführung von Bauarbeiten richtet. Klassische Sonderformen dieses Vertrages sind der *General- und der Totalunternehmervertrag*¹ sowie der Subunternehmervertrag. Beizufügen ist:
In der schweizerischen Rechtssprache hat sich eine differenzierte Verwendung der Ausdrücke "Generalunternehmer" und "Totalunternehmer" eingebürgert. Demgegenüber verwendet die Sprache der Baupraxis den Ausdruck "Generalunternehmer" oftmals in einem umfassenden Sinne, der nebst gewissen Zwischenformen auch den "Totalunternehmer" (als "projektierenden Generalunternehmer") einschliesst.
- b. **Der Architektur- und der Ingenieurvertrag**, von denen jeder in verschiedenen Erscheinungsformen vorkommt (reiner Planungsvertrag, Bauleitungsvertrag oder Gesamtvertrag). Die umstrittene Frage, wie diese Verträge rechtlich zu qualifizieren sind (Auftrag, Werkvertrag, gemischter Vertrag)², wurde schon an mehreren Baurechtstagungen abgehandelt und soll deshalb nicht nochmals besprochen werden.
- c. [5] **Der Konsortialvertrag von Bauunternehmern**, worin sich zwei oder mehrere Beteiligte zu einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 OR) zusammenschliessen, um bestimmte (meist

¹ Bei diesen Verträgen (GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, Nr. 183 ff./194 ff.) handelt es sich ebenfalls um reine Werkverträge (BGE 114 II 53 ff.; 117 II 274; GAUCH, a.a.O., Nr. 191 und Nr. 196). Beim Totalunternehmervertrag mit integrierter Projektierung stellt sich allerdings die Sonderfrage, ob der Besteller auch dann zur "vollen Schadloshaltung" des Unternehmers verpflichtet ist, wenn er den Vertrag noch vor Beginn der Bauausführung nach Massgabe des Art. 377 OR auflöst (vgl. darüber GAUCH, BR 1989, S. 42 f.; *derselbe*, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag, in: FS Locher, Düsseldorf 1990, S. 47 ff.). Zum Ganzen siehe auch EGLI, Baurechtstagung Freiburg 1991, Band 2, S. 65 ff., und WERRO, Journées du droit de la construction, Fribourg 1991, Band 2, S. 54 ff.

² Vgl. dazu statt vieler: BGE 114 II 55 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 44 ff.; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, S. 166 f.

grössere) Bauarbeiten gemeinsam (in einem gemeinsamen Bauwerkvertrag) zu übernehmen und für den Besteller auszuführen.³

Eine Sonderform dieses Vertrages ist die "*Losgemeinschaft*". Darin wird die gemeinsam übernommene Bauarbeit (z.B. die Errichtung einer Strasse) derart unter die Konsortialmitglieder aufgeteilt, dass jeder von ihnen selbständig einen Teil des Werkes (z.B. ein Strassenlos) ausführt und hierfür im internen Verhältnis einen entsprechenden Anteil an der Gesamtvergütung erhält.

- d. **Der Stofflieferungsvertrag**, worin sich ein Zulieferant gegenüber dem Bauherrn oder einem Unternehmer zur Lieferung von Baustoff (Werkstoff) verpflichtet. Dieser Vertrag ist entweder ein Kaufvertrag (Art. 184 OR) oder ein Werkvertrag (Art. 363 OR).⁴

2. Eine weitere Gruppe von Verträgen umfasst bautypische Vertragsverhältnisse, die entweder seltener vorkommen oder zumindest den Juristen weniger geläufig sind. Dazu gehören:

- a. **Der Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht**. Darin verpflichtet sich der Verkäufer gegenüber dem Erwerber, auf dem verkauften Grundstück ein Gebäude zu errichten, umzubauen oder fertigzustellen.⁵ Dieser Vertrag präsentiert sich grundsätzlich als *gemischter Vertrag, der kauf- und werkvertragliche Elemente einschliesst*.⁶ Was seine rechtliche Behandlung angeht⁷, soll hier nur *ein* Punkt hervorgehoben werden:

Die *Haftung für Sachmängel* des zu errichtenden, umzubauenden oder fertigzustellenden Gebäudes untersteht beim gemischten Vertrag insgesamt dem Werkvertragsrecht (Art. 367 ff. OR), und zwar auch insoweit, als das Gebäude bei [6] Vertragsabschluss bereits bestanden hat.⁸ Diese gesamtheitliche Lösung rechtfertigt sich schon aus der Überlegung heraus, dass eine nach Werkvertrags- und Kaufrecht differenzierte Mängelhaftung für ein und dasselbe Gebäude zu unpraktikablen Ergebnissen führen müsste.⁹

³ Vor Abschluss des gemeinsamen Bauwerkvertrages ist das Konsortium meistens eine "Bietergemeinschaft", welche die Einreichung einer gemeinsamen Offerte für die Übernahme der in Aussicht stehenden Bauarbeiten bezweckt.

⁴ So oder anders aber handelt es sich auch beim Zulieferanten des Unternehmers nicht um einen Subunternehmer. Die Unterscheidung ist deshalb bedeutsam, weil den Unternehmer für seinen Zulieferanten keine vertragliche Hilfspersonenhaftung trifft, während die eigenen Subunternehmer zu seinen Erfüllungsgehilfen (Art. 101 OR) gehören (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 124; differenzierend: GAUCH/SCHLUEP, Schweiz. OR, Allgem. Teil, 5. Aufl., Zürich 1992, Nr. 2899).

⁵ Ob im Einzelfall ein Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht vereinbart wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung kann z.B. auch ergeben, dass man es in Wirklichkeit mit einem reinen Grundstückkauf zu tun hat, der auch das künftige Bauwerk als Kaufgegenstand umfasst und insofern ein Kauf über eine künftige Sache ist. Ausserdem ist möglich, dass die Parteien zwei voneinander getrennte Verträge (je einen separaten Grundstückkauf- und Werkvertrag) abgeschlossen haben (vgl. BGE 117 II 264; 118 II 144).

⁶ Vorbehalten bleibt der Fall, da die vom Verkäufer übernommene Arbeit eine bloss untergeordnete Nebenleistung (allenfalls nur eine Reparaturarbeit oder eine "Nachtragsarbeit") darstellt, die an der kaufvertraglichen Behandlung des ganzen Vertrages nichts zu ändern vermag.

⁷ Zur Frage des Formzwanges vgl. BGE 117 II 264 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 302/303; LEUENBERGER, in: KOLLER, Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 83 f.

⁸ Vgl. BGE 118 II 144; SCHUMACHER, in: KOLLER, Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 246, Nr. 631.

⁹ Für die Schweiz abzulehnen ist dagegen die Praxis deutscher Gerichte (z.B. BGHZ 101, S. 352; BGH ZfBR 1990, S. 276; BGH BauR 1986, S. 345), selbst dann auf die werkvertragliche Mängelhaftung zu greifen,

- b. **Der Generalplanervertrag.**¹⁰ Er ist ein Architektur- oder Ingenieurvertrag. Seine Besonderheit besteht darin, dass die darin vereinbarte Gesamtleistung von zwei oder mehreren Architekten/Ingenieuren gemeinsam übernommen wird, die zu diesem Zwecke eine einfache Gesellschaft (Art. 530 OR) bilden¹¹.
- c. **Der typische Gerüstvertrag.** Darin übernimmt der Gerüstebauer gegenüber einem Bauherrn oder Unternehmer die entgeltliche Verpflichtung, mit eigenem Material ein Gerüst aufzustellen, das errichtete Gerüst seinem Vertragspartner zum Gebrauch zu überlassen und es dann wieder zu demontieren.¹² Die rechtliche Einordnung dieses Vertrages ist umstritten. Drei Meinungen werden vertreten: "Gewöhnlicher" Werkvertrag¹³; Mietvertrag mit untergeordneter Nebenpflicht zur Montage und Demontage¹⁴; gemischter Vertrag mit werk- und mietvertraglichen Elementen¹⁵.
- Sicher ist, dass die rein werkvertragliche Qualifikation nicht zum tatsächlichen Leistungsprogramm des typischen Gerüstbauers passt. Da die Gebrauchsüberlassung des Gerüsts (und damit das Hauptelement des Vertrages) zweifellos mietvertraglichen Charakter hat, kann nur eine der übrigen Meinungen (Miete oder Mischvertrag) richtig sein, wobei sich die verbleibenden Meinungsdivergenzen praktisch nur gering auswirken. Denn mit Rücksicht auf das vorrangige Gebrauchsinteresse des "Auftraggebers" rechtfertigt es sich auf jeden Fall (selbst bei Annahme eines Mischvertrages), die Haftung des typischen Gerüstbauers für Mängel seines Gerüsts [7] einheitlich nach Mietvertragsrecht (Art. 258 ff. OR) zu behandeln, auch was die Verjährung angeht.
- d. **Der Baubetreuungsvertrag.** Darin übernimmt es der Betreuer, Bauarbeiten als direkter oder indirekter Stellvertreter, jedenfalls aber auf Rechnung seines Vertragspartners, zu vergeben und sie in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu betreuen, namentlich zu koordinieren. Wie verhält es sich mit der rechtlichen Qualifizierung dieses Vertrages?
- Der umschriebene Vertrag ist nach schweizerischem Recht ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR), kein Werkvertrag¹⁶. Das gilt unbekümmert darum, dass die betreute Bauausführung

wenn ein schlichter Kaufvertrag über ein bereits fertiges, jedoch neu erstelltes oder erheblich umgebautes Gebäude abgeschlossen wird.

- 10 Vgl. das SIA-Vertragsformular Nr. 1015 ("Generalplanervertrag") mit zugehörigem Kommentar des SIA (SIA Nr. 1014).
- 11 Vgl. das SIA-Vertragsformular Nr. 1016 ("Gesellschaftsvertrag des Generalplanerteams").
- 12 Ein *atypischer* Gerüstvertrag liegt vor, wenn der Gerüstebauer das aus eigenem Material erstellte Gerüst in das Eigentum seines Vertragspartners übertragen muss oder sich verpflichtet, ein Gerüst mit Material zu errichten, das ihm der Vertragspartner zur Verfügung stellt. Trifft dies zu, so handelt es sich beim Gerüstvertrag um einen gewöhnlichen Werkvertrag, sofern auch das Erfordernis der Entgeltlichkeit erfüllt ist (HÜRLIMANN, Bemerkungen zum Gerüstbauvertrag, BR 1989, S. 73; vgl. sinngemäss BGE 111 II 170 ff. hinsichtlich der Montage einer Krananlage).
- 13 So: BGE 113 II 264 ff. im "Lehrgerüstfall"; kritisch HÜRLIMANN, BR 1989, S. 75.
- 14 *Oberlandesgericht Hamm*, BauR 1987, S. 578 (offengelassen in BGH ZfBR 1989, S. 23); HÜRLIMANN, BR 1989, S. 74 f., der jedoch einschränkend präzisiert, dass ein aus Mietvertrag (Gebrauchsüberlassung) und Werkvertrag (Montage/Demontage) gemischter Vertrag vorliege, wenn es sich um ein individuell geplantes Gerüst (mit individuellem "Zuschnitt" auch des Materials) handle.
- 15 Dafür votiert LOCHER, in: FS Gelzer, Düsseldorf 1991, S. 349; denn es könne, so schreibt er, "nicht die Rede davon sein, dass der Errichtungsteil untergeordnet und allein die Überlassung massgebend für die rechtliche Einordnung sei".
- 16 BGE 115 II 61; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 191.

nach Plänen erfolgt, die der Vertragspartner genehmigt hat, und auch dann, wenn die Aufgabe des Betreuers obendrein die Beschaffung der Finanzierungsmittel, die Erstellung einer Wirtschaftlichkeitsrechnung oder die Erstvermietung umfasst.

- e. **Der Bauträgervertrag.** Er ist eine Sonderform der Baubetreuung mit indirekter Stellvertretung. Sein besonderes Merkmal besteht darin, dass der Betreuer sich verpflichtet, die auf Rechnung des Vertragspartners vergebenen Arbeiten auf seinem eigenen Grundstück ausführen zu lassen und das Grundstück erst später (mit den ausgeführten Arbeiten) dem Betreuten zu übertragen. In diesem Sonderfall liegt ein aus Kaufvertrag und Auftrag gemischtes Vertragsverhältnis vor, allenfalls eine Vertragsmischung aus Auftrag und Vorvertrag (Art. 22 OR) über den späteren Abschluss des Kaufvertrages.
- f. **Der Instandhaltungsvertrag.** Darin verpflichtet sich ein Unternehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, eine Baute instandzuhalten, indem er sie z.B. regelmässig kontrolliert, reinigt und durch Vornahme erforderlicher Reparaturen in gebrauchstauglichem Zustand erhält. Da es sich bei diesem Vertrag um einen Dauervertrag handelt, ist er kein "gewöhnlicher" Werkvertrag (Art. 363 OR), sondern ein werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt.¹⁷
- g. **Der Integralwerkvertrag.** Er ist ein Bauwerkvertrag mit der Besonderheit, dass der Besteller sich vom Unternehmer das (Options-) Recht einräumen lässt, innerhalb einer bestimmten Zeit nach Abnahme des Bauwerkes einen im voraus umschriebenen Instandhaltungsvertrag in Kraft zu setzen.¹⁸ Macht der Besteller von diesem Recht durch einseitige (Gestaltungs-) Erklärung Gebrauch, wird der Unternehmer zur entsprechenden Instandhaltung verpflichtet.

II. Die derzeitige Vertragspraxis der Bauwerkverträge

A. Im allgemeinen

[8] Der Bauwerkvertrag (Bauvertrag im engeren Sinne) bildet das Kernstück des privaten Bauvertragsrechts, weshalb jetzt auf die praktische Gestaltung dieses Vertrages näher eingetreten wird. Ausgangspunkt ist die derzeitige Vertragspraxis, die sich durch verschiedene, namentlich auch durch die folgenden Merkmale auszeichnet:

1. Der Einfluss der SIA-Norm 118

1. Die inhaltliche Gestaltung der Bauwerkverträge ist in erheblichem Masse durch **die SIA-Norm 118**¹⁹ beeinflusst. Diese Norm des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins, die "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" enthält, basiert ihrerseits auf der praktischen Erfahrung der

¹⁷ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 273; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 479, unten; LEUENBERGER, ZSR 106, 1987, II, S. 58; TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, Nr. 2414.

¹⁸ Vgl. darüber TAUSKY, Der Integralwerkvertrag, BR 1992, S. 76 ff.

¹⁹ Zur SIA-Norm 118 vgl. GAUCH (Herausgeber), Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 38-156, Zürich 1992, und GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991. In der Einleitung zu jedem dieser Kommentarteile finden sich allgemeine Ausführungen zur SIA-Norm 118.

Baubeteiligten. Sie wird von überaus vielen Parteien als Vertragsbestandteil übernommen.²⁰ In andern Fällen dient sie nur (aber immerhin) als Vorlage für die "Kreation" eigener Vertragsbedingungen, indem sie den Verfassern der betreffenden Bedingungen gewissermassen das "Grundwissen" verschafft.

2. Die aktuelle SIA-Norm 118 stammt aus dem Jahre 1977. Unlängst wurde sie als **Ausgabe 1977/1991** neu aufgelegt. Die Neuauflage unterscheidet sich von der Ausgabe 1977 aber nur dadurch, dass im sechsten Kapitel dem Wort "Garantiefrist" der Klammerausdruck "Rügefrist" beige-fügt, diese Beifügung in einer Fussnote erklärt und ausserdem je eine kommentierende Fussnote unter Art. 174 Abs. 2 und Art. 181 Abs. 3 gesetzt wurde (vgl. BEILAGE 2). Was hievon zu halten ist, habe ich in BR 1992, S. 46 ff. eingehend dargelegt.²¹

3. [9] Zahlreiche Parteien übernehmen zwar die SIA-Norm 118, vereinbaren aber **abweichende Vertragsbedingungen**. Bei den betreffenden Vertragsbedingungen, die von der übernommenen Norm in grösserem oder geringerem Umfange abweichen, handelt es sich in aller Regel um vorformulierte Vertragsbestimmungen.

- a. Je nach ihrem Verfasser (Besteller, Bauleitung oder Unternehmer) tendieren die von der SIA-Norm 118 abweichenden Bedingungen dahin, den Unternehmer oder den Besteller besser zu stellen, als er nach der SIA-Norm 118 stände. Von der Bauleitung verfasste Bedingungen sind oft so gefasst, dass sie dem Unternehmer auch Prüfungspflichten im Bereiche der Pläne und Weisungen auferlegen, die über die SIA-Norm 118 hinausgehen, was zugleich im eigenen Interesse der Bauleitung liegt.
- b. Gegen die Praxis der Vertragsparteien, Abweichungen zur SIA-Norm 118 zu vereinbaren, ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Der Zweck der SIA-Norm 118, die bewirken soll, "dass im Bauwesen möglichst einheitliche Vertragsbedingungen verwendet werden" (Präambel), wird durch diese Praxis allerdings beeinträchtigt. Ausserdem verkennen viele Parteien, dass die SIA-Norm 118 ein systematisches Ganzes bildet, so dass die "Änderung" einer Normbestimmung oft (unbedachte) Auswirkungen auch auf andere Bestimmungen der Norm hat.

2. Stärkeres Aufkommen der General- und Totalunternehmerverträge

1. Das Bauen mit Teilunternehmern ("Vergabe nach einzelnen Gewerken") ist in der Schweiz zwar nach wie vor die klassische Form der Bauorganisation. In den vergangenen Jahren jedoch haben General- und Totalunternehmerverträge **zunehmende Verbreitung** gefunden. Diese Entwicklung widerspiegelt die fortschreitende Industrialisierung des Bauens, entspricht einer gesamteuropäi-

²⁰ Trotzdem scheinen jedoch Gerichtsentscheide, welche die Norm zum Gegenstand haben, eher selten zu sein. Jedenfalls stützt sich die überwiegende Zahl der vom Bundesgericht veröffentlichten Urteile zum Bauwerkvertrag auf das gesetzliche Werkvertragsrecht. Für diese Tatsache gibt es keine wissenschaftlich erforschte Erklärung, weshalb, wer sie erklären möchte, auf Vermutungen angewiesen ist.

²¹ GAUCH, Zur SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991, BR 1992, S. 46 ff. Gut ist die Idee, die Garantiefrist der SIA-Norm 118 (Art. 172) durch *das beigegefügte Wort "Rügefrist"* von der Verjährungsfrist des Art. 180 abzugrenzen, da diese Unterscheidung manchen Baupraktikern und Juristen Mühe bereitet. Hingegen wären die *Fussnoten-Kommentare zu Art. 174 Abs. 2 und 181 Abs. 3* besser weggelassen worden. Abgesehen davon, dass solche Kommentare schon methodisch fragwürdig sind, vermögen die konkreten Kommentare auch inhaltlich nicht zu befriedigen, was im zitierten Beitrag (GAUCH, BR 1992, S. 46 ff.) einlässlich dargelegt wird.

schen Tendenz²² und ist verständlich, da der Beizug eines General- oder Totalunternehmers für den Besteller in mehrfacher Hinsicht (z.B. mit Bezug auf die Baukoordination oder die Haftungsverhältnisse²³) von Vorteil sein kann. Ausserdem fällt auf:

Einzelne General- und Totalunternehmer offerieren und werben mit "*Garantien*" hinsichtlich der Preise, Fristen oder Mängelfreiheit, die durch das verwendete Wort "Garantie" den Eindruck einer "Sonderleistung" erwecken. Bei näherer Analyse der betreffenden "Garantieklauseln" stellt sich allerdings oft heraus, dass sie kaum über das hinausgehen, was schon von Gesetzes wegen oder nach der SIA-Norm 118 gilt. Einzelne [10] Klauseln sind sogar so gefasst, dass sie die Rechte des Bestellers (insbesondere hinsichtlich der Mängelhaftung) in Wirklichkeit beschneiden.²⁴

2. Als General- oder Totalunternehmer verpflichten sich nebst spezialisierten Unternehmungen auch **einzelne Architekten oder Ingenieure**, indem sie mit ihrem Vertragspartner einen entsprechenden Bauwerkvertrag abschliessen. In solchen Fällen kommt es nicht selten vor, dass der Vertrag auf die SIA-Honorarordnung für Architekten oder Bauingenieure (Ordnung 102 oder 103) verweist²⁵, obwohl die betreffende Ordnung den Architektur- oder Ingenieurvertrag (nicht den Bauwerkvertrag) regelt. Alsdann stellt sich die Frage, in welchem Umfang die auf den Bauwerkvertrag unpassende Honorarordnung anwendbar ist und ob deren Geltung nicht an der Ungewöhnlichkeitsregel²⁶ oder daran scheitert, dass der im Vertrag enthaltene Verweis auf die Honorarordnung eine blosses Floskel²⁷ ist.

3. Vertragsplanung und "zusammengesetzte" Bauwerkverträge

1. Einer idealen Vorstellung vom Vertrag entspricht es, dass dem Vertragsabschluss eine sorgfältige **Vertragsplanung** der Parteien vorausgeht. Das kann im Einzelfall durchaus zutreffen. Andererseits aber ist das Verhandlungsbild bei Bauwerkverträgen häufig durch folgende Tatsachen geprägt:

- a. Die Parteien übernehmen die SIA-Norm 118 oder/und andere *vorformulierte Vertragsbedingungen*, ohne sich eingehend mit deren Inhalt befasst zu haben. Solche Bedingungen können "missbräuchlich" im Sinne des Art. 8 UWG sein oder an den allgemeinen Geltungsschran-

22 Ein Ausdruck dieser Entwicklung ist die von der FIEC geschaffene "Europäische Charta der Generalunternehmer" (1992), die rudimentäre Verhaltensregeln (gewissermassen "Standesregeln") für General- und Totalunternehmer enthält. Unternehmer, welche diese Charta unterschreiben, verpflichten sich zur Einhaltung der darin enthaltenen Regeln. Bei gravierenden oder wiederholten Regelverstössen wird der Name des betreffenden Unternehmens durch Beschluss eines privaten (nationalen) Kontrollorgans von der Liste der zugehörigen Unternehmungen gestrichen.

23 Der Generalunternehmer erspart dem Besteller, wenn es zu Schwierigkeiten kommt, die Auseinandersetzung mit verschiedenen Unternehmern, welche sich gegenseitig die "Verantwortung" zuschieben. Und der Totalunternehmer ist ausserdem verantwortlich für das Projekt, weshalb er allfällige "Planungsfehler" nicht auf den Besteller abwälzen kann, der sonst das Verhalten seines Architekten/Ingenieurs in sinngemässer Anwendung des Art. 101 OR zu vertreten hat. So schon: GAUCH, Baurechtstagung Freiburg 1991, Band 1, S. 22.

24 Vgl. dazu GAUCH, Baurechtstagung Freiburg 1991, Bd. I, S. 24 f.

25 Vgl. z.B. BGE 115 II 463.

26 Danach erlangen vorformulierte, aber ungewöhnliche Vertragsbedingungen, mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses auch nicht rechnen musste, trotz vereinbarter Übernahme keine Vertragsgeltung (GAUCH/SCHLUEP, Schweiz. OR, Allgem. Teil, 5. Aufl., Zürich 1992, Nr. 1141 f., mit weiteren Hinweisen).

27 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 496 zu Art. 1 OR; KOLLER, Vertragsfloskeln, BR 1989, S. 24 ff.

ken (z.B. der Ungewöhnlichkeitsregel) scheitern, denen vorformulierte Vertragsbedingungen unterworfen sind.

- b. Im Konkurrenzkampf unterwerfen sich Bieter den bauseits *diktieren* Vertragsinhalten, selbst wenn sie mehrdeutig oder für den Unternehmer ungünstig sind. Aber auch das Umgekehrte kommt vor: Besteller (namentlich private Einmal-Bauherren) akzeptieren Bedingungen des Unternehmers, ohne zu wissen, was sie damit im einzelnen vereinbaren.
- c. Die Parteien kümmern sich wenig um die *durch Gesetz und Rechtsprechung vorgeprägte Rechtslage*²⁸. Auf den Beizug von Juristen wird im Stadium des Vertragsabschlusses verzichtet. Architekten und Ingenieure fungieren in diesem Stadium auch [11] als "Rechtsberater" mit entsprechender Verantwortlichkeit, obwohl sie von ihrer Ausbildung her nur selten dazu befähigt sind.
- d. Die *Lösung einzelner Fragen* wird offen gelassen und bisweilen ausdrücklich (z.B. durch Verhandlungsklauseln) auf später verschoben (Art. 2 OR).

2. Zu den typischen Merkmalen der werkvertraglichen Baupraxis gehört sodann, dass die vertragschliessenden Parteien den Inhalt des Bauwerkvertrages in aller Regel nicht in einem einzigen Schriftstück konzentrieren. Auf diese Weise entstehen "**zusammengesetzte**" **Bauwerkverträge**. Sie umfassen verschiedene (voneinander abgegrenzte) Vertragsbestandteile, die insgesamt den vereinbarten Vertragsinhalt ausmachen. Die einzelnen Vertragsbestandteile (z.B. "Vertragsurkunde", Leistungsverzeichnis, Besondere Bedingungen des Bestellers oder/und Unternehmers, Pläne, die SIA-Norm 118, Normen weiterer Fachverbände) werden bei Submissionen im voraus bekanntgegeben und dienen insoweit als Ausschreibungsunterlagen.²⁹

3. Die Praxis, den Bauwerkvertrag aus verschiedenen Vertragsbestandteilen "zusammenzusetzen", ist zwar durch die Eigenart dieses Vertrages bedingt. Umgekehrt aber schafft sie die **Gefahr von innervertraglichen Widersprüchen**, da sich verschiedene Bestandteile des zusammengesetzten Vertrages in Einzelpunkten widersprechen können. Mit Rücksicht darauf pflegen die Parteien eine *Rangordnung* zu vereinbaren, aus der sich ergibt, welcher Vertragsbestandteil im Falle eines Widerspruchs dem andern vorgeht. Derartige Vereinbarungen, die eine Widerspruchsregel enthalten, werden als "Rangklauseln" bezeichnet.

B. Einzelne Vertragsklauseln

Bauwerkverträge weisen, was den vereinbarten Inhalt angeht, einen geringeren oder grösseren Umfang auf. Im folgenden greife ich bemerkenswerte Vertragsklauseln heraus, die in der derzeitigen Vertragspraxis vorkommen, um sie näher zu erläutern.

1. Rangklauseln

1. Vereinbarte Rangklauseln begründen eine **Rangordnung (Hierarchie) zwischen mehreren Vertragsbestandteilen**, um auf diese Weise als "Kollisionsnorm" für innervertragliche Widersprü-

²⁸ Vgl. Art. 363 ff. OR und die zugehörigen Entscheide bei GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Besonderer Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1990.

²⁹ Vgl. Art. 7 der SIA-Norm 118.

che zu wirken. Sie gehören zum typischen Bild der Bauwerkverträge (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 2-4, sowie Werkvertragsformular Nationalstrassenbau, Art. 2). Den Schweizer Baufachleuten geläufig ist vor allem *die in Art. 21 der SIA-Norm 118 enthaltene Klausel* (BEILAGE 3). Diese Rangklausel, die durch Art. 22 der Norm (BEILAGE 3) ergänzt wird, scheint auf den ersten Blick klar zu sein, gibt aber doch zu verschiedenen Fragen Anlass³⁰. Überdies steht es den Parteien frei, durch eine entsprechende Abrede von Art. 21 der SIA-Norm 118 abzuweichen, auch wenn sie die Norm übernehmen.

2. [12] Vereinbarte Rangklauseln sind zwar ein durchaus nützliches Gestaltungsmittel für Bauwerkverträge³¹. Was ihre **praktische Bedeutung** angeht, ist aber das Folgende zu beachten:

- a. Rangklauseln sind *unvollständig*, weil sie eine Hierarchie nur zwischen verschiedenen (darin bezeichneten) Vertragsbestandteilen begründen, also keine Regeln für die Lösung von Widersprüchen innerhalb ein und desselben Vertragsbestandteiles enthalten. Ausserdem ist möglich, dass Vertragsbestandteile vereinbart werden, die in der Klausel unberücksichtigt sind. Und schliesslich gibt es Rangklauseln, die mehrere Vertragsbestandteile (gewissermassen als Paket) auf ein und dieselbe Stufe stellen, so dass sie für Widersprüche zwischen diesen Bestandteilen keine Lösung anbieten.³²
- b. Rangklauseln kommen nur insoweit zum Zug, als die davon erfassten Vertragsbestandteile widersprüchliche Bestimmungen enthalten. Ihre Anwendung setzt daher voraus, dass zunächst der Inhalt der fraglichen Bestimmungen durch Auslegung ermittelt wird. Auf diese *vorausgesetzte Auslegung* der einzelnen Bestimmungen hat die Rangklausel jedoch keinen Einfluss. Insbesondere befreit sie den Richter nicht von der Aufgabe, zunächst zu prüfen, ob sich anscheinend widersprechende Bestimmungen nicht doch harmonisieren lassen³³.
- c. Ausserdem bleibt die Rangklausel aus dem Spiel, sobald eine der widersprüchlichen Bestimmungen von vornherein keine Geltung hat, weil z.B. die andere individuell vereinbart wurde. Individualabreden gehen vorformulierten Bestimmungen schlechterdings vor³⁴, und zwar gleichgültig, in welchem Vertragsbestandteil sich die letzteren befinden.

3. Schliesslich gibt es Fälle, in denen verschiedene Vertragsbestandteile ein und desselben Vertrages je eigene Rangklauseln enthalten, die sich ihrerseits widersprechen. Bei einem solchen **Widerspruch der Rangklauseln** gilt die Klausel im ranghöheren Vertragsbestandteil. Unlösbar allerdings ist der Widerspruch, soweit ein Vertragsbestandteil nach der darin enthaltenen Rangklausel

³⁰ Vgl. z.B. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 262 ff.

³¹ Kritisch allerdings QUACK, Zur Zweckmässigkeit (oder Unzweckmässigkeit) eines verbreiteten Gestaltungsmittels für Bauverträge, BauR 1992, S. 18 ff.

³² Das letztere gilt z.B. für Art. 21 der SIA-Norm 118, der "die übrigen Normen des SIA und die im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellten Normen anderer Fachverbände" sowie "die weiteren Normen anderer Fachverbände" unter sich je ranggleich behandelt (vgl. BEILAGE 3). Vgl. auch Werkvertragsformular Nationalstrassenbau, Art. 2 Ziff. 5 lit. c hinsichtlich der "übrigen Normen".

³³ Etwa deswegen, weil angenommen werden darf, dass von verschiedenen vertretbaren Bedeutungen einer Bestimmung diejenige gemeint ist, die keinen Widerspruch begründet (JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 433 zu Art. 18 OR).

³⁴ GAUCH/SCHLUEP, Schweiz. OR, Allgem. Teil, 5. Aufl., Zürich 1992,

der andern vorgeht, während die andere gerade das Umgekehrte erklärt, was zu einer Pattsituation führt.³⁵

2. Strafklauseln gegen Preis- und ähnliche Submissionsabsprachen

1. [13] Preis- und ähnliche Submissionsabsprachen zwischen Bauunternehmern sind zwar verpönt, können aber dennoch vorkommen. Auf die kartell- und strafrechtlichen Aspekte³⁶ möchte ich hier nicht weiter eintreten. Was im vorliegenden Zusammenhang interessiert, sind einschlägige **Strafklauseln**, die den Unternehmer zu einer Geldleistung verpflichten, wenn sich im nachhinein herausstellt, dass er an einer Preisabsprache beteiligt war.

2. Derartige Strafklauseln sind **in der Schweiz selten anzutreffen**, gehören aber zu den üblichen Vertragsbedingungen der deutschen Bundesbauverwaltung. Danach hat der Unternehmer dem Bauherrn den entstandenen Schaden zu ersetzen, mindestens aber 3% der Auftragssumme zu bezahlen, wenn er an einer unzulässigen Submissionsabrede beteiligt war (voller Text: BEILAGE 1, Nr. 1).

Unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation sind Klauseln der erwähnten Art auch nach schweizerischem Rechte zulässig. Wirksamer allerdings wäre die Verhängung einer Auftragsperre gegen Unternehmen, die sich an Preisabsprachen beteiligt haben. Ob und unter welchen Voraussetzungen auch sie zulässig sind, beurteilt sich für öffentliche Auftraggeber nach den einschlägigen Submissionsordnungen.

3. Vergütungsklauseln

1. Dass die meisten Bauwerkverträge Bestimmungen über **die Bemessung des geschuldeten Werklohnes** enthalten, versteht sich von selbst. Verabredet kann sein, dass die Arbeit nach festen Preisen³⁷ (Einheits-, Pauschal- oder Globalpreisen)³⁸ oder nach Aufwand³⁹ und damit "in Regie"⁴⁰ zu vergüten ist. Werkverträge über grössere Bauaufträge unterscheiden im praktischen Regelfall zwischen verschiedenen Leistungen, die nach verschiedenen Preisarten vergütet werden. Bisweilen wird auch ein "*Kostendach*"⁴¹ [14] oder ein "*Zielpreis*" ("Target-Price")⁴² vereinbart.⁴³ Und ausserdem gibt es Totalunternehmer, die sich einen "*Nutzpreis*"⁴⁴ versprechen lassen.

³⁵ Dass sogar dem SIA derartige "Fehlleistungen" unterlaufen, zeigt der aktuelle Revisionsentwurf zur SIA-Norm 198 (Untertagbau). Die "Besonderen Bestimmungen" dieser Norm gehen nach Art. 0.24 des Entwurfes der SIA-Norm 118 vor, während Art. 21 der SIA-Norm 118 gerade umgekehrt erklärt, dass *sie* den Vorrang vor den "übrigen Normen des SIA" hat.

³⁶ Zu den strafrechtlichen Aspekten gibt es jetzt ein bemerkenswertes Urteil aus Deutschland. Mit Strafurteil vom 8. Januar 1992 hat der Deutsche Bundesgerichtshof entschieden, dass Preisabsprachen und Vorspiegelung von Wettbewerb ein strafrechtlich relevanter Betrugstatbestand sein könne, wenn der mit dem beteiligten Anbieter vereinbarte Preis höher als der erzielbare Wettbewerbspreis sei (vgl. BR 1992, S. 52).

³⁷ Art. 373 OR.

³⁸ Art. 38 ff. der SIA-Norm 118.

³⁹ Art. 374 OR.

⁴⁰ Art. 48 der SIA-Norm 118.

⁴¹ Das "Kostendach" ist nach geläufigem Verständnis ein vereinbarter Maximalpreis, den der Besteller bei einer Abrechnung nach Aufwand oder Einheitspreisen schuldet. Dieser Maximalpreis kann zwar unterschritten werden. Eine Mehrforderung aber, die über den Maximalpreis hinaus geht, steht dem Unternehmer (unter Vorbehalt von Art. 373 Abs. 2 OR) nicht zu, soweit nicht für bestimmte Fälle (etwa Teuerung) etwas anderes vereinbart ist. Beizufügen allerdings bleibt:

Für Regiearbeiten, die nach Aufwand zu vergüten sind, bestimmt die SIA-Norm 118, dass sie *nach Regieansätzen* abgerechnet werden (Art. 48), die im Werkvertrag festgesetzt, in Regietarifen der Berufsverbände enthalten oder üblich sind (vgl. Art. 49). Möglich ist aber auch, dass die Parteien eine *Abrechnung nach effektiven Selbstkosten* ("cost plus fee") vereinbart haben. Als dann ist der Besteller verpflichtet, dem Unternehmer die bei der Ausführung entstandenen (effektiven) Selbstkosten unter Hinzurechnung eines Zuschlages für allgemeine Geschäftskosten, für Risiko und Verdienst und für Umsatzabgaben zu erstatten.

2. Zahlreiche Klauseln befassen sich sodann mit **andern Aspekten der Vergütung**: z.B. mit den ausserordentlichen Mehrvergütungen bei Festpreisen (SIA-Norm 118, Art. 58 ff.⁴⁵), mit der Teuerungsabrechnung (z.B. SIA-Norm 118, Art. 64 ff.⁴⁶; BEILAGE 1, Nr. 8), mit dem Zahlungssystem (SIA-Norm 118, Art. 144-156⁴⁷), mit Rabatten und mit Skonti und nicht zuletzt auch mit der Frage, welche Leistungen durch einen vereinbarten Festpreis abgedeckt sind⁴⁸.

Auch diesbezüglich finden sich in den Bauwerkverträgen Bestimmungen, die zumindest in Einzelpunkten *von der SIA-Norm 118 abweichen*. Typische Beispiele: Von Art. 58 wird der ganze Absatz 2 oder dessen zweiter Satz "gestrichen";⁴⁹ die [15] "Teuerungsabrechnung nach dem Verfahren mit Mengennachweis" (Art. 66 ff.) wird durch ein anderes (einfacheres, aber "gröberes")

In der praktischen Vertragssprache hat der Ausdruck "Kostendach" oftmals auch die Bedeutung eines Zielpreises.

42 Ein "Zielpreis" wird für Regiearbeiten vereinbart, bisweilen auch für Arbeiten nach Einheitspreisen. Mit seiner Vereinbarung verabreden die Parteien, dass der Unternehmer und der Besteller sich in eine allfällige Über- oder Unterschreitung des Vereinbarten nach einem festgelegten Schlüssel teilen.

43 Das "Kostendach" und der "Zielpreis" sind streng zu unterscheiden vom "Richtpreis" des Art. 56 SIA-Norm 118, der einen "ungefähren Kostenansatz" im Sinne des Art. 375 OR darstellt (vgl. GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anm. 1 und 2 zu Art. 56). Der Sprachgebrauch der Praxis pflegt die verschiedenen Ausdrücke ("Kostendach", "Zielpreis", "Richtpreis") allerdings nicht immer klar auseinanderzuhalten (vgl. schon Anm. 41 Abs. 2).

44 Der "Nuttpreis" besteht in einem festen Preis für die Errichtung einer bestimmten Menge nutzbarer (z.B. vermietbarer) Baufläche. Je nach dem, ob (und in welchem Umfang) diese Menge im Ergebnis über- oder unterschritten wird, erhöht oder vermindert sich die Vergütung um eine vereinbarte Mehr- oder Mindervergütung.

Diese Preisgestaltung ist streng zu unterscheiden von der Erfolgsgarantie, die ein Unternehmer z.B. für die Vermietbarkeit des von ihm errichteten Gebäudes übernehmen kann. Eine derartige Garantie verpflichtet den Unternehmer zur Leistung von Schadenersatz, wenn der garantierte Erfolg ausbleibt (Art. 111 OR; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 940 ff.).

45 Vgl. dazu GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, S. 104 ff.

46 Vgl. dazu PRADER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, S. 146 ff.

47 Vgl. dazu SCHUMACHER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, S. 538 ff./569 ff.

48 Ausser den einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118 vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 6-7.

49 Auf mangelhafte Angaben im Sinne des Art. 58 Abs. 2 Satz 2 kann der Unternehmer sich zur Geltendmachung einer Mehrvergütung auch dann nicht berufen, wenn der Besteller ihn unzweideutig auf die mögliche Unverlässlichkeit der Angaben hingewiesen hat. Zum Erfordernis der Unzweideutigkeit gehört eine individuelle Mitteilung, die sich auf die konkreten Angaben bezieht. Vorformulierte Floskeln, wonach die Angaben über den Baugrund (allenfalls ein geologisches Gutachten) nur "informativen Charakter" hätten, vermag dieses Erfordernis nicht zu erfüllen (GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anm. 17 lit. d zu Art. 58 Abs. 2).

Verfahren⁵⁰ ersetzt; an die Stelle der Abschlagszahlungen (Art. 144 ff.) treten feste Teilzahlungen (z.B. 1/3 bei Vertragsschluss, 1/3 bei Arbeitsbeginn, 1/3 bei der Abnahme). Auffällig ist ausserdem, dass der besondere Sinn, den die Schlussabrechnung nach Massgabe der SIA-Norm 118 (Art. 153 ff.) hat⁵¹, von vielen Praktikern verkannt wird.

4. Subunternehmerklauseln

1. Die Weitervergabe von Arbeiten an einen Subunternehmer schafft **mannigfache Rechtsprobleme**⁵², die insbesondere aus der grundsätzlichen Trennung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag entstehen. Dementsprechend hat die Praxis Vertragsklauseln entwickelt, die sich mit der einschlägigen Problematik befassen. Solche Subunternehmerklauseln finden sich sowohl in Haupt- als auch in Subunternehmerverträgen.

2. Für die Vertragspraxis der Hauptverträge typisch sind insbesondere die folgenden Klauseln, die zwischen dem Hauptunternehmer und seinem Besteller (dem Erst-Besteller) vereinbart werden:

- a. **Die Bezugs-klauseln.** Sie umschreiben, ob und unter welchen Voraussetzungen der Hauptunternehmer berechtigt oder allenfalls verpflichtet ist, Subunternehmer beizuziehen. Bisweilen beschränken sie sich darauf, dem Erst-Besteller ein Informationsrecht, ein Recht auf Mitsprache oder ein Vorschlagsrecht bei der Auswahl der Subunternehmer einzuräumen. Vgl. SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 3; ferner z.B. BEILAGE 1, Nr. 37-38.
- b. **Die Koordinationsklauseln.** Solche Klauseln ("Flow-Through-Klauseln") verpflichten den Unternehmer, den Subunternehmervertrag inhaltlich auf den Hauptvertrag abzustimmen. Vereinbart kann z.B. sein, dass der Hauptunternehmer bestimmte Formulartexte (z.B. die SIA-Norm 118) oder bestimmte Bedingungen des Hauptvertrages (z.B. Qualitätsbestimmungen) auch in den Subunternehmervertrag übernehmen muss.
Bisweilen sind derartige Klauseln sehr allgemein gefasst und deshalb auslegungsbedürftig. Das gilt etwa für Art. 29 Abs. 4 der SIA-Norm 118, wonach der Unternehmer verpflichtet ist, "in seinen Vertrag mit dem Subunternehmer alle Bestimmungen" des Hauptvertrages zu übernehmen, "die zur Wahrung der Interessen des Bauherrn erforderlich sind".
- c. [16] **Die Fairness-Klauseln.** Sie verpflichten den Hauptunternehmer, dem Subunternehmer faire Vertragsbedingungen zuzugestehen. Zum Beispiel verbieten sie dem Hauptunternehmer, den Subunternehmer hinsichtlich der Zahlungsweise oder der geforderten Sicherheiten schlechter zu stellen, als er (der Hauptunternehmer) selber steht.
- d. **Die Zahlungsklauseln.** Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Beispiele: Der Erst-Besteller macht die Bezahlung des Hauptunternehmers von der Zahlung der Subunternehmer abhängig (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 41). Der Erst-Besteller behält sich das Recht vor, die Subunternehmer auf Rechnung des Hauptunternehmers direkt zu bezahlen, sei es ü-

⁵⁰ Beispiele: Objektindex-Verfahren, Verfahren mit Gleitpreisformel, Produktionskosten-Index-Verfahren des Baumeisterverbandes (PKI des SBV). Zu all diesen Verfahren vgl. PRADER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anm. 7-10 zu Art. 65.

⁵¹ Vgl. darüber SCHUMACHER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, S. 569 ff.

⁵² Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 127 ff.; *derselbe*, ZBJV 118, 1982, S. 80 ff.; *derselbe*, Probleme von und mit Subunternehmern, in: FS Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 151 ff.

berhaupt oder unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 42-43). Der Erst-Besteller ist vom Hauptunternehmer vertraglich verpflichtet (Art. 112 Abs. 1 OR) oder angewiesen (Art. 466 OR), den auf die Arbeit der Subunternehmer entfallenden Vergütungsteil direkt an die Subunternehmer auszusahlen.

- e. **Die Haftungsklauseln.** Sie befassen sich mit der Frage, ob und inwieweit der Hauptunternehmer für beigezogene Subunternehmer haftet (z.B. BEILAGE 1, Nr. 37 Abs. 5). Für vorgeschriebene Subunternehmer pflegen sie die Haftung des Hauptunternehmers (namentlich dessen Mängelhaftung) oftmals einzuschränken. Vgl. z.B. SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 2 und 4.

3. Für die Vertragspraxis der Subunternehmerverträge typisch sind namentlich die folgenden Klauseln, die zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer vereinbart werden:

- a. **Die Verknüpfungsklauseln**, die den Subunternehmervertrag in der einen oder andern Weise mit dem Hauptvertrag verbinden. Beispiele sind:
- Abreden, wonach das *Zustandekommen des Subunternehmervertrages* von der Voraussetzung oder Bedingung (Art. 151 OR) abhängt, dass ein (gültiger) Hauptvertrag zustandegekommen ist oder zustandegekommen wird.⁵³
 - Abreden, wonach sich *Art und Umfang der vom Subunternehmer geschuldeten Leistung*, die geforderten Eigenschaften seines Werkes oder weitere Pflichten des Subunternehmers⁵⁴ nach dem Inhalt des Hauptvertrages richten (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 39).⁵⁵
 - [17] Abreden, wonach *der Subunternehmervertrag ohne weiteres dahinfällt* oder vom Hauptunternehmer entschädigungslos aufgelöst werden kann, wenn der Hauptvertrag (aus einem bestimmten Grund oder überhaupt) vorzeitig aufgelöst wird.
 - Abreden, die sich auf die *Abnahme* des vom Subunternehmer geschuldeten Werkes oder auf dessen *Mängelhaftung* beziehen.⁵⁶
 - Abreden, wonach der Subunternehmervertrag dem gleichen *Recht oder Gerichtsstand* untersteht wie der Hauptvertrag.⁵⁷

⁵³ Ist der Hauptvertrag noch nicht abgeschlossen, wählen die Unternehmer vielfach auch einen andern Weg, um sich Subunternehmerleistungen im voraus (gewissermassen "auf Vorrat") zu sichern. Sie verlangen von den potentiellen Subunternehmern die Abgabe einer Offerte mit so langer Annahmefrist (Art. 3 OR), dass die Offertbindung bei einem späteren Abschluss des Hauptvertrages noch andauert.

⁵⁴ Z.B. die Pflicht, seine Baustelleneinrichtungen den Nebenunternehmern des Hauptunternehmers zur Verfügung zu halten.

⁵⁵ Vereinbart kann z.B. auch sein, dass der Hauptunternehmer gegenüber seinem Subunternehmer ein einseitiges Recht zur Beststellungsänderung hat, sobald und soweit der Hauptvertrag inhaltlich abgeändert wird.

⁵⁶ Vereinbart kann z.B. sein, "dass das Werk des Subunternehmers so lange als nicht abgenommen gilt, bis der Hauptunternehmer sein Werk abgeliefert hat"; "dass der Hauptunternehmer Mängel des Subunternehmerwerkes so lange rügen kann, als rechtzeitige Rügen des Erst-Bestellers bei ihm eintreffen" (z.B. BEILAGE 1, Nr. 26); oder "dass die Mängelhaftung des Subunternehmers nicht verjährt (Art. 371 OR), bevor die Verjährung auch für die Mängelhaftung des Hauptunternehmers eintritt".

⁵⁷ Vgl. CERUTTI, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990, S. 64.

Neben speziellen Verknüpfungsklauseln gibt es auch Abreden, die schlicht und einfach ("pauschal") auf den Hauptvertrag verweisen, indem sie etwa bestimmen, dass "im übrigen" die Vorschriften des Hauptvertrages massgebend seien.⁵⁸ Solche *Pauschalklauseln* führen, weil sie zu unbestimmt sind, zu zahlreichen Auslegungstreitigkeiten.

- b. **Die Zahlungsklauseln**, wonach der Subunternehmer nur in *der* Weise bezahlt wird, als der Unternehmer selber Vergütung erlangt ("Pay-When-Paid"-Klausel⁵⁹). Solche Klauseln, die in verschiedenen Formulierungen vorkommen⁶⁰, sind auslegungsbedürftig:
Entweder bedeutet die konkret vereinbarte Klausel, dass nur und gerade der Zeitpunkt, in dem die vom Unternehmer geschuldete Vergütung fällig wird (Art. 75 OR), von der tatsächlichen Bezahlung des Unternehmers abhängt.⁶¹ Oder die konkrete Klausel hat den Sinn einer Bedingung (Art. 151 OR), die den Vergütungsanspruch [18] des Subunternehmers nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern "existentiell" von der Bezahlung des Unternehmers abhängig macht.⁶²
- c. **Die Ermächtigungsklauseln**, die den Subunternehmer beauftragen und ermächtigen, im Verkehr mit dem Erst-Besteller den Hauptunternehmer in bestimmter Hinsicht (aktiv oder passiv) zu vertreten. Zum Beispiel wird der Subunternehmer ermächtigt, Weisungen hinsichtlich seiner eigenen Arbeiten direkt von der Bauleitung des Erst-Bestellers entgegenzunehmen oder einschlägige Ausmasse direkt mit dieser Bauleitung zu ermitteln (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 40).
- d. **Die Geheimhaltungsklauseln**, die es dem Subunternehmer verbieten, bestimmte Sachverhalte dem Erst-Besteller (oder dessen Bauleitung) bekanntzugeben. Zum Beispiel wird der Subunternehmer verpflichtet, die für Nachtragspreise "relevanten Daten und Informationen ausschliesslich mit dem Unternehmer zu verhandeln" (BEILAGE 1, Nr. 45).
- e. **Die Vorzugsklauseln**. Sie bilden Gegenstand einer separaten Vereinbarung mit einem Subunternehmer, der einen spezifischen Beitrag zur Ausarbeitung des Hauptangebotes einbringt.

⁵⁸ Vgl. CERUTTI, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990, S. 64.

⁵⁹ BGE 116 II 635.

⁶⁰ *Beispiele*: "Die vereinbarten Vergütungen (Abschlagszahlungen für Leistungen aller Art und Schlusszahlung) sind nur geschuldet, soweit für die entsprechenden Subunternehmer-Arbeiten Zahlungen des Bestellers an den Unternehmer erfolgt sind" (BEILAGE 1, Nr. 44). "Dem Subunternehmer steht eine Vergütung zu den Ansätzen des Subunternehmer-Vertrages zu, soweit für die erbrachten Leistungen vom Besteller eine Vergütung zugunsten des Unternehmers geschuldet ist und erwirkt werden kann" (BEILAGE 1, Nr. 45). "Der Subunternehmer wird bezahlt, soweit der Bauherr an den Unternehmer zahlt". "Zahlungen werden nur geleistet, wenn und soweit der Bauherr zahlt". "Die Zahlungen des Unternehmers an den Subunternehmer erfolgen innert 7 Tagen nach Erhalt der Zahlungen des Bauherrn; verspätete Zahlungen des Bauherrn werden an den Subunternehmer weitergeleitet" (vgl. BGE 116 II 635). "Die Zahlungsfrist wird gegenüber dem Subunternehmer in gleicher Weise gehandhabt, wie sie vom Bauherrn gegenüber dem Hauptunternehmer eingehalten wird".

⁶¹ Die Abrede einer "reinen Fälligkeitsklausel" lässt den unbedingten Charakter des mit dem Subunternehmer vereinbarten Vergütungsanspruches unberührt. Mit Rücksicht darauf muss der Anspruch des Subunternehmers bei sinnvoller Auslegung und Ergänzung auch dann fällig werden, wenn sich herausstellt, dass die massgebliche Bezahlung des Unternehmers definitiv oder auf unabsehbare Zeit ausbleibt.

⁶² Im Zweifel sind derartige Klauseln eng und so auszulegen, dass der Unternehmer die Vergütung des Subunternehmers nicht verweigern darf, wenn es an ihm (dem Unternehmer) selber oder an der Insolvenz seines Bestellers liegt, dass sein eigener Vergütungsanspruch nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wird. Zu beachten bleibt im übrigen immer auch Art. 156 OR.

In dieser Vereinbarung, die vor Abschluss des Subunternehmervertrages getroffen wird, verpflichtet sich der Unternehmer zur Weitervergabe einschlägiger Arbeiten an den Subunternehmer, falls der Hauptvertrag zustandekommt. Ihrer rechtlichen Natur nach handelt es sich um einen bedingten Vorvertrag (Art. 22 OR).

5. Nebenunternehmerklauseln

1. Der Bauwerkvertrag, den ein Besteller mit seinem Unternehmer abschliesst, enthält häufig auch Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen diesem Unternehmer und seinen Nebenunternehmern⁶³ betreffen. **Typische Nebenunternehmerklauseln** sind namentlich auch in der SIA-Norm 118 vorformuliert. Zum Beispiel auferlegen sie dem Unternehmer bestimmte Mitteilungspflichten (Art. 30 Abs. 4), halten ihn zu "gebührender Rücksichtnahme" an (Art. 30 Abs. 3) oder verpflichten ihn, den Nebenunternehmern bestimmte Leistungen zu erbringen.

2. Leistungspflichten zugunsten der Nebenunternehmer sind z.B. in den Art. 126 ff. der SIA-Norm 118 vorgesehen. Danach ist der Unternehmer verpflichtet, seine **Baustelleneinrichtungen** unter gewissen Voraussetzungen auch Nebenunternehmern zur Verfügung zu halten (vgl. Art. 126, 131, 133 Abs. 2 und 134 Abs. 2 der SIA-Norm 118). Nach ihrem rechtlichen Charakter handelt es sich bei dieser Verpflichtung um eine unechte Vertragspflicht zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR).⁶⁴

3. [19] Zu den Nebenunternehmerklauseln zählt des weitern die Normbestimmung des Art. 31 über die **gemeinsame Schadenersatzpflicht**⁶⁵, die in mehrfacher Hinsicht unklar und interpretationsbedürftig ist.⁶⁶ Einzelne Bauwerkverträge gehen über Art. 31 der SIA-Norm 118 hinaus, indem sie z.B. bestimmen, dass der Unternehmer (bis zu einer gewissen Höchstgrenze) "in jedem Fall die von der Bauleitung anteilmässig verteilten Kosten von Bauschäden zu tragen habe" (vgl. BEILAGE 1, Nr. 50). Durch derartige Bestimmungen wird in das System der Gefahrentragung (Art. 376 OR/Art. 187 SIA-Norm 118) eingegriffen.

6. Auslegungsklauseln

1. Darin vereinbaren die Parteien, wie ihr Bauwerkvertrag im Streitfall auszulegen ist. Solche **Auslegungsregeln**, die auf Vereinbarung beruhen, sind innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art.

⁶³ SIA-Norm 118, Art. 30 Abs. 1.

⁶⁴ Forderungsberechtigter Gläubiger ist einzig der Besteller (als Vertragspartner des Unternehmers), nicht auch der einzelne Nebenunternehmer. Etwas anderes (Art. 112 Abs. 2 OR) lässt sich weder den einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118 entnehmen, noch gibt es in der Baubranche eine anderslautende Übung, was aber nicht ausschliesst, dass die Parteien im konkreten Vertrag etwas anderes vereinbaren.

Zu den komplizierten Rechtsfragen (z.B. den Vergütungs- und Schadenersatzfragen), die sich aus der Anwendung der im Text zitierten Normbestimmungen ergeben können, vgl. GAUCH/PRADER, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992, Anmerkungen zu Art. 126, 131, 133 Abs. 2 und 134 Abs. 2.

⁶⁵ "Entsteht an einem Bauwerk, an dem mehrere Unternehmer tätig sind, ein Schaden, dessen Verursacher nicht festgestellt werden kann, so haben die zur Zeit des Schadensereignisses am Bau tätigen Unternehmer den Schaden im Verhältnis der Rechnungsbeträge ihrer Arbeiten anteilmässig zu tragen" (Art. 31 Abs. 1). "Die Bauleitung besorgt für den Geschädigten die Verteilung und die Rechnungstellung. Jedem Unternehmer steht der Beweis offen, dass er und seine Hilfspersonen den Schaden nicht verursacht haben" (Art. 31 Abs. 2).

⁶⁶ Ausführlich: KOLLER JO, Der "Untergang des Werkes" nach Art. 376 OR, Diss. Freiburg 1983, S. 127 ff.

19 Abs. 1 OR) gültig und binden insoweit den Richter.⁶⁷ Das gilt namentlich auch für die bereits behandelten Rangklauseln, die den Charakter einer Auslegungsregel für Widersprüche haben.

2. Unbeachtlich, weil **mit Art. 27 Abs. 2 ZGB unvereinbar**, sind jedoch vereinbarte Auslegungsregeln, die erklären, dass im Auslegungsstreit die Auslegung der einen oder andern Partei (oder deren Stellvertreter) massgeblich sei.⁶⁸ Trotzdem enthalten auffällig viele Bauwerkverträge derartige Klauseln.⁶⁹

7. Änderungsklauseln

1. Änderungsklauseln beziehen sich auf die **Bestellungsänderung**. Sie regeln die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Auswirkungen der Besteller den Inhalt des abgeschlossenen Bauwerkvertrages durch einseitige Erklärung abändern kann. [20] Eine ausführliche und ausgewogene (wenn auch nicht vollständige) Regelung ist z.B. in den **Art. 84 ff. der SIA-Norm 118** enthalten.⁷⁰

2. Was **die übrige Vertragspraxis** angeht, sind folgende Punkte bemerkenswert:

- a. In vielen Bauwerkverträgen (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 9-13) behält der Besteller sich ganz generell vor, *auf die Ausführung einzelner Arbeiten oder Positionen zu verzichten*, ohne den Unternehmer schadlos zu halten.⁷¹ Dieser Vorbehalt gilt nach der getroffenen Abrede im Regelfall auch dann, wenn der Besteller die betreffenden Leistungen einem Dritten überträgt.⁷² Damit versetzt der Besteller sich in die Lage, anhand von später eingeholten Konkurrenzofferten über die vereinbarten Preise bereits vergebener Leistungen neu zu verhandeln und seinen Unternehmer unter Druck zu setzen, was sicher nicht dem Verständnis eines fairen Vertrages entspricht.⁷³
- b. Nach andern Klauseln haben veränderte Mengen ungeachtet ihres Ausmasses *keine Änderung der Einheitspreise* zu Folge (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 14-16).⁷⁴ Solche Klauseln, die sogar in Vertragsformularen öffentlicher Bauherren anzutreffen sind, können den Unternehmer je nach Art der Mengenänderung in erheblicher (mit Art. 27 Abs. 2 ZGB unvereinbarer) Wei-

⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP, OR, Allgem. Teil, 5. Aufl., Zürich 1992, Nr. 1236.

⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Nr. 1239.

⁶⁹ Beispiel: "Lässt der Text im Leistungsverzeichnis verschiedene Auslegungen zu, so ist der Unternehmer verpflichtet, während der Ausschreibung eine Textbereinigung zu verlangen. Unterlässt er dies, so gilt die Auffassung der Bauleitung als verbindlich (BEILAGE 1, Nr. 46; weitere Beispiele: Nr. 47-48).

⁷⁰ Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 552 ff., und den einlässlichen Kommentar von EGLI, in: GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 38-156, Zürich 1992, S. 208 ff.

⁷¹ Vgl. demgegenüber Art. 84 Abs. 3 der SIA-Norm 118.

⁷² Vgl. demgegenüber Art. 83 Abs. 1 der SIA-Norm 118, letzter Satz.

⁷³ Einen Kontrapunkt bilden die von Generalunternehmern vorformulierten Bestimmungen, wonach der Unternehmer Anspruch auf volle Schadloshaltung hat, wenn eine vom Bauherrn gewünschte Änderung eine (wesentliche) Reduktion des Vertragsvolumens zur Folge hat (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 19), was dem Regelungsgehalt des Art. 377 OR entspricht.

⁷⁴ Vgl. demgegenüber Art. 86 der SIA-Norm 118.

se belasten, wenn das Leistungsverzeichnis keine besondern Positionen für Baustelleneinrichtungen enthält.⁷⁵

- c. In wiederum *anderen Klauseln* lehnt der Unternehmer es ab, vom Besteller verlangte Änderungen oder Zusatzarbeiten auszuführen, falls der Besteller die Nachtragsofferte des Unternehmers nicht innerhalb einer angesetzten Frist annimmt (z.B. BEILAGE 1, Nr. 18). Oder der Unternehmer vereinbart mit dem Subunternehmer, dass der Preis für zusätzliche Arbeiten von der Bauleitung festgesetzt wird, falls der Subunternehmer es unterlässt, die von ihm verlangten Zusatzarbeiten vor deren Inangriffnahme zu offerieren (BEILAGE 1, Nr. 17). Die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung kann zumindest dann an Art. 27 ZGB scheitern, wenn mit der betreffenden "Bauleitung" ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Unternehmers gemeint ist.⁷⁶

8. Gewährleistungsklauseln

1. Die Gewährleistungsklauseln befassen sich mit der **Mängelhaftung des Unternehmers** (Art. 367 ff. OR), worüber die SIA-Norm 118 in den Art. 165 ff. eine eingehende [21] Regelung enthält.⁷⁷ Viele Klauseln zur Mängelhaftung, die ausserhalb der SIA-Norm 118 vereinbart werden, enthalten z.B. *Sonderregeln zur Garantie- und Verjährungsfrist*, die von der SIA-Norm 118 abweichen, aber nicht immer klar formuliert sind (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 24-32). Andere wiederum betreffen die *Mängelhaftung als solche*, indem sie z.B. eine Haftung für Mangelfolgeschäden ausschliessen, einschränken oder (umgekehrt) auch ohne Verschulden des Unternehmers eintreten lassen (vgl. BEILAGE 1, Nr. 20, Nr. 22-23). Des weitern finden sich Bestimmungen, in denen der Unternehmer besondere "*Garantien*", z.B. die Garantie für die Tauglichkeit des Baugrundes (vgl. BEILAGE 1, Nr. 21), eine "*Haltbarkeitsgarantie*"⁷⁸ oder eine "*Systemgarantie*"⁷⁹ übernimmt.

2. Von mittelbarem Einfluss auf die Mängelhaftung des Unternehmers sind Klauseln, die dem Unternehmer eine **Prüfungs- und/oder Abmahnungspflicht** hinsichtlich der Pläne oder anderer Weisungen auferlegen (vgl. z.B. BEILAGE 1, Nr. 33-36). Teilweise weichen sie ab von dem, was nach Art. 25 Abs. 3 der SIA-Norm 118 (und der Rechtsprechung zu Art. 369 OR⁸⁰) gilt, indem sie den Unternehmer verpflichten, die ihm übergebenen Pläne in jedem Fall (auch bei einschlägigem Sachverstand auf Seiten des Bestellers) nachzuprüfen.

9. Weitere Klauseln

Neben den erwähnten Klauseln gibt es in den Bauwerkverträgen weitere Einzelbestimmungen, die zwar weniger häufig vorkommen, aber doch eine gewisse Verbreitung haben. **Beispiele** sind: Pflicht des Unternehmers zur ausschliesslichen Verwendung von Schweizerfabrikaten. Verzicht des Unternehmers auf irgendwelche Provisionen für bauseits gelieferte Materialien. Instruktionspflicht des Unternehmers für fertiggestellte Anlagen. Recht des Bauherrn, Getränke- und andere

⁷⁵ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 562.

⁷⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Schweiz. OR, Allgem. Teil, 5. Aufl., Zürich 1992, Nr. 345.

⁷⁷ Vgl. dazu GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, S. 66 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1850.

⁷⁹ Vgl. dazu GAUCH, Baurechtstagung Freiburg 1991, Band I, S. 24 f.

⁸⁰ Vgl. neuerdings BGE 116 II 457.

Lieferanten auf dem Bauplatz zu bestimmen. Rücktrittsrecht des Bauherrn bei Verzug des Unternehmers ohne vorherige Fristansetzung. Salvatorische Klausel für den Fall, dass eine Vertragsbestimmung sich als ganz oder teilweise unwirksam erweist. Zu diesen Beispielen vgl. BEILAGE 1, Nr. 49-56.

III. Allgemeine Vorschläge zur Gestaltung der Bauwerkverträge

Die Vertragspraxis der Bauwerkverträge nur zu beschreiben, würde dem Thema der praktischen Vertragsgestaltung bloss teilweise gerecht. Kritische Anmerkungen sind daher bereits in meine bisherigen (namentlich auch mündlichen) Ausführungen eingeflossen. [22] Abschliessend möchte ich jedoch weiter ausholen und allgemeine Vorschläge zur Gestaltung insbesondere grösserer Bauverträge unterbreiten.⁸¹

A. Grundidee

Bei meinen Vorschlägen lasse ich mich leiten von der Grundidee, dass es im gemeinsamen Interesse beider Parteien liegt, **Konflikte zu vermeiden und unvermeidbare Konflikte rasch zu lösen**. Dementsprechend sollte der Bauwerkvertrag so gestaltet sein, dass er Konfliktsituationen möglichst ausschaltet und für unvermeidbare Konflikte Methoden bereit hält, die eine effiziente Lösung gestatten.

B. Konfliktvermeidung

Konflikte bei der Abwicklung von Bauwerkverträgen beeinträchtigen das Bauklima und können sich negativ auf den Baufortschritt und auf das Ergebnis der Arbeit auswirken, ganz abgesehen von den unnötigen Kosten, die sie verursachen. Sie sind zu vermeiden. Dazu dienen unter anderem:

1. Die Wahl der richtigen Unternehmereinsatzform⁸² und eines geeigneten Unternehmers. Die Eignung des Unternehmers setzt voraus, dass der Unternehmer als "seriös" bekannt ist und über die für die Erfüllung des konkreten Vertrages (Total-, General- oder Teilunternehmervertrages) erforderliche (technische und finanzielle) Leistungsfähigkeit verfügt. Dass der "billigste" oder "ortsansässige" Unternehmer diese Voraussetzungen nicht immer optimal erfüllt, ist zwar eine Binsenwahrheit, die bei der Vergabe von Bauarbeiten aber oft verdrängt wird.

- a. Wie die Auswahl des Unternehmers zu erfolgen hat, damit die Wahl auf den "Geeigneten" fällt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Für die *Submissionsvergabe von Bauarbeiten* gibt es diesbezüglich die Mittel der Eignungskriterien, der Präqualifikation und der Zuschlagskriterien.⁸³ So oder anders aber ist ein [23] "unerfahrener" Besteller bei der Arbeits-

⁸¹ Für den Tunnelbau siehe die "Recommendations" der "International Tunnelling Association", veröffentlicht in der englischen Zeitschrift "Tunnelling and Underground Space Technology", 1988, Vol. 3, No. 2, S. 103 ff.

⁸² Je nach den konkreten Umständen kann der Beizug eines Totalunternehmers, eines Generalunternehmers oder das Bauen mit verschiedenen Teilunternehmern das "Richtige" sein. Gründe, die in jedem Fall und zwingend für die eine oder andere Unternehmerform sprechen, gibt es auch unter dem Gesichtspunkt der Streitvermeidung nicht. Was in Anm. 23 gesagt wurde, vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern.

⁸³ Mögliche Eignungskriterien sind z.B. in den Vergaberichtlinien der EG vorgezeichnet. Über Präqualifikationsverfahren wird in der Schweiz gerade auch im Hinblick auf die grossen Bauaufgaben der NEAT nachgedacht. Und was die Zuschlagskriterien angeht, so entspricht es Schweizer Tradition, auf das Kriterium

vergebung in ganz erheblichem Masse auf die kundige Beratung durch Fachleute (Architekten/Ingenieure) angewiesen.

- b. Wird die konkrete Bauaufgabe einem *Konsortium* übertragen, so gehören zur Frage der Eignung auch die interne Arbeitsverteilung sowie die Organisation und Funktionsfähigkeit des Konsortiums. Solche Interna (etwa auch die Frage, ob das Konsortium eine "Losgemeinschaft"⁸⁴ ist), können dem Besteller, der spätere Konflikte vermeiden will, nicht gleichgültig sein. Über die Funktionsfähigkeit hat er insbesondere nachzudenken, bevor er sich für die Wahl eines "Einmalkonsortiums" entscheidet oder sich dazu entschliesst, verschiedene Bieter in ein Konsortium zu "zwingen".

2. Eine sorgfältige Vertragsplanung, die sowohl auf Vertragstransparenz als auch darauf achtet, dass die für eine reibungslose Abwicklung des konkreten Vertrages erforderlichen Punkte geregelt werden, soweit dies bei Vertragsabschluss schon möglich ist.⁸⁵

- a. Bei einer sorgfältigen Vertragsplanung **zu überlegen** ist unter anderem auch:
 - Ob die *SIA-Norm 118* in den Bauwerkvertrag übernommen werden soll und wie sich vereinbarte Abweichungen von einzelnen Normbestimmungen auf andere Bestimmungen der Norm auswirken. Für die Übernahme der SIA-Norm 118 (mit oder ohne Abweichungen) sprechen im allgemeinen gute Gründe, da die Norm unter den Baufachleuten bekannt ist, was zur Konfliktvermeidung beiträgt. Das gilt jedenfalls dann, wenn es um einen Vertrag über grössere Bauarbeiten geht und die Vertragspartner branchenkundig oder branchenkundig vertreten sind.⁸⁶
 - Wie die *Subunternehmerfrage* geregelt werden soll. Probleme von und mit Subunternehmern führen vielfach zu einer Störung auch des Hauptvertrages. Der Besteller hat schon deshalb ein markantes Interesse daran, dass von seinem Unternehmer (wenn überhaupt) nur qualifizierte Subunternehmer beigezogen, die betroffenen Verträge (Haupt-/Subunternehmervertrag) harmonisiert, die Subunternehmer vertraglich nicht diskriminiert und pünktlich bezahlt werden. Um dies zu erreichen, sind dem Hauptvertrag entsprechende Subunternehmerklauseln einzufügen.
 - Ob der Unternehmer (allenfalls ein Konsortium) verpflichtet werden soll, für wichtige Funktionen (etwa für die Planung oder Bauführung) *bestimmte, namentlich bezeichnete Mitarbeiter* einzusetzen.

des "günstigsten" (nicht des "billigsten") Angebotes abzustellen. Bedauerlich ist allerdings, dass die Merkmale, die das "günstigste" Angebot ausmachen, und deren Rangfolge den Submittenten nur selten mit der gebotenen Klarheit mitgeteilt und im Ergebnis dann doch mit Vorliebe die "billigsten" (oder "einheimischen") Bieter gewählt werden.

⁸⁴ Vgl. oben I/1/c.

⁸⁵ Insbesondere bei komplexen Bauwerkverträgen mit Langzeitcharakter lassen sich nicht sämtliche Fragen, die sich im Zuge der Vertragsabwicklung stellen, schon im voraus regeln. Das gehört zur Eigenart dieser Verträge, die sich mit der Vertragsabwicklung gewissermassen "weiterentwickeln".

⁸⁶ Einzuräumen ist aber immerhin, dass die SIA-Norm 118 eher auf Verträge mit Teilunternehmern zugeschnitten ist als auf Verträge mit General- oder Totalunternehmern (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 229).

- Mit welchen politischen, gesetzlichen, sozialen und ökonomischen *Veränderungen* man bei längerfristigen Bauaufträgen zu rechnen hat, wie sich solche [24] Veränderungen auf die Vertragsabwicklung auswirken und welche Anpassungsmechanismen vorzusehen sind.
 - Ob und welche Abreden zu treffen sind, um den Vertragspartner in verstärktem Masse zur *Vertragstreue* anzuhalten. In Frage kommen z.B. die Einforderung von Bankgarantien, die Abrede von Konventionalstrafen oder die Zusage von Prämien (etwa für Kosten, Qualität und Zeit).
 - Ob der Unternehmer zu verpflichten ist, bestimmte *Massnahmen zur Qualitätssicherung* zu treffen. Derartige Massnahmen wirken präventiv; sie tragen dazu bei, einer mangelhaften Werkausführung und damit auch späteren Mängelstreitigkeiten vorzubeugen.
 - Ob häufig *missverständene Ausdrücke* vertraglich klargestellt sind. Das gilt etwa für die Ausdrücke "Globalpreis", "Kostendach", "Zielpreis", Richtpreis" und "Garantiefrist".
 - Ob im Vertrag klargestellt ist, auf welche Vergütungen sich vereinbarte *Rabatte* oder ein vereinbartes Recht auf *Skontoabzug* beziehen.⁸⁷
 - Ob und durch wen welche *Bauversicherungen* abzuschliessen sind.⁸⁸
- b. Dass **Unsorgfalt bei der Vertragsplanung** zu spätem Konflikten führen kann, liegt auf der Hand. Dennoch lässt man es in der Praxis nur allzuoft an der gebotenen Sorgfalt fehlen. Das wurde bereits gesagt und trifft namentlich auch dann zu, wenn die Parteien unreflektiert eine Vielzahl von "Normen" und "Bedingungen" (etwa "sämtliche Normen des SIA und der andern Berufsverbände") übernehmen, obwohl die übernommenen Texte mit dem konkreten Vertrag zum Teil nur entfernt oder überhaupt nichts zu tun haben⁸⁹. Ein solches Verhalten führt vielfach zu einem kaum noch durchschaubaren Vertragskonglomerat, wodurch die Klärung des verbindlichen Vertragsinhalts (trotz "eingebauter" Rangklausel) auf den vorprogrammierten Auslegungstreit verschoben wird.

3. Eine ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten, damit die Parteien schon von daher zur korrekten Erfüllung des Vertrages motiviert sind. Insbesondere ist darauf zu [25] achten, dass **Preise, Leistung und Risiken** in einem angemessenen Verhältnis stehen, auch was die Wahl der Vergütungsart betrifft.

⁸⁷ Vgl. z.B. Art. 10.4 der internen Weisungen des ASB für den Nationalstrassenbau (1991). Danach sind "im Werkvertrag für alle Rechnungsarten der Skontoabzug (Höhe) und dessen Bedingungen (Skontofrist) zu regeln".

Pro memoria: Die SIA-Norm 118 gewährt dem Besteller "von sich aus" keinen Anspruch auf Skontoabzug, regelt in Art. 190 Abs. 1 aber die Skontofrist (nicht auch die Höhe) für einen allfällig vereinbarten Skontoabzug (vgl. dazu GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, Anm. 7-10 zu Art. 190 Abs. 1).

⁸⁸ Nach den internen Weisungen des ASB für den Nationalstrassenbau (1991, Art. 10.3.1), werden die davon betroffenen Bauherren angewiesen "in der Regel ... keine Bauherrenhaftpflicht- oder Bauwesenversicherungen" abzuschliessen. Die Frage, ob diese Anweisung auch unter dem Gesichtspunkt der Konfliktvermeidung durchdacht ist, muss hier offen bleiben. Zu "Ausnahmefällen" siehe Art. 10.3.2 der Weisung.

⁸⁹ Beispiel: Übernahme von Ausführungsbestimmungen über den Trasseebau in einen Vertrag über die Erstellung eines Autobahntunnels.

Dass sich gerade bei der Abwicklung von Bauwerkverträgen mit unangemessen tiefer Vergütung, unangepasster Vergütungsart und hohen Unternehmerrisiken die Qualitätsprobleme und die Streitigkeiten um "ausserordentliche Umstände" oder angebliche Regiearbeiten oder Beststellungsänderungen häufen, ist kein Geheimnis. Das gilt namentlich auch dann, wenn der Besteller dem Unternehmer Risiken überbindet, die in seinen eigenen Kontrollbereich gehören, indem er es z.B. ablehnt, die Schadensfolgen für bauseits verursachte Verzögerungen oder die Verantwortung für die Richtigkeit der von ihm beschafften Baugrundangaben zu übernehmen. Derartiges Vertragsverhalten belastet das Vertragsverhältnis von allem Anfang an, reduziert das Verantwortungsbewusstsein der Bauleitung, wirkt streitfördernd und im Ergebnis kontraproduktiv.

4. Eine stärkere Betonung des Partnerschaftsgedankens, wenn es um längerfristige Bauaufträge geht. Komplexe Langzeitverträge über Bauaufträge weisen einen starken "Beziehungscharakter" auf; sie erfordern ein intensives und ständiges Zusammenwirken beider Parteien im Hinblick auf die als gemeinsame Aufgabe empfundene Ausführung des Bauwerkes.

Das alles rückt derartige Bauwerkverträge, in denen es um mehr geht als um den blossen Austausch von Leistungen, strukturell in die Nähe einer einfachen Gesellschaft. Darauf aber wird bei der praktischen Vertragsgestaltung, die vom Leitbild des simplen Tauschgeschäftes geprägt ist, zu wenig Rücksicht genommen. Vertragsmodelle, die das Gemeinsame in den Vordergrund stellen, sind zwar im Ausland entwickelt und mit Erfolg eingesetzt worden, in der Schweiz aber noch weitgehend unbekannt. Über den einzelnen Bauwerkvertrag hinaus geht das "Partnering-Modell", indem es sämtliche Baubeteiligte (z.B. auch die Bauleitung, Nebenunternehmer, Subunternehmer und Baulieferanten) in eine Art "Gemeinschaftsvertrag" einbezieht.⁹⁰

C. Konfliktlösung

1. Kommt es zwischen den Parteien trotz allem zu Konflikten, so ist die ultima ratio **der staatliche Gerichtsentscheid**. Die Nachteile sind bekannt: lange Dauer, hohe Kosten, Verfremdung des Konflikts durch Drittbestimmung, Publizität, mögliche Gefährdung oder Verzögerung des Projekts, Belastung der gegenseitigen Beziehungen über den Prozess hinaus, persönlicher Stress der Beteiligten, häufiger Vergleichszwang u.s.w. Viele Parteien ziehen es deshalb (und auch aus andern Gründen) vor, staatliche Gerichte zu vermeiden, indem sie dem Vertrag eine **Schiedsgerichtsklausel** einfügen. Wird das Schiedsgericht tatsächlich angerufen, müssen sie dann allerdings feststellen, dass nicht alle der erwähnten Nachteile entfallen oder sogar neue dazukommen. Die Erfahrung jedenfalls lehrt, dass Schiedsgerichte nicht immer nach dem Idealbild funktionieren, das die Parteien sich bei der Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel gemacht haben.

2. [26] Auf jeden Fall besser und billiger ist es, wenn es den Parteien gelingt, den Konflikt **ohne Gericht oder Schiedsgericht** zu erledigen. Hiefür gibt es verschiedene Hilfsmittel, die bereits im Vertrag vorgesehen werden können.⁹¹ Einige davon sind:

- a. **Vereinbarte Verhandlungspflicht.** Bekannte Erschwernisse, die den Erfolg von Verhandlungen in Frage stellen, sind jedoch: Allfällige Kompliziertheit der Rechts- und Sachlage; Verhandlungen durch unmittelbar involvierte und dementsprechend vorbelastete Mitarbeiter; mögliche Eigeninteressen der Berater u.s.w. Um solchen Erschwernissen entgegenzuwirken, gibt

⁹⁰ Vgl. darüber: "Preventing and Resolving Construction Disputes", CPR Legal Program, New York 1991, Kapitel 5, mit Beispielen und weiteren Literaturangaben.

⁹¹ Vgl. DERENDINGER, Alternative Methoden zur Beilegung von Baustreitigkeiten, in: TERCIER/HÜRLIMANN, In Sachen Baurecht, Freiburg 1989, S. 155 ff.

es **qualifizierte Verhandlungsmethoden**, auf die sich die Parteien ebenfalls schon bei Vertragsabschluss einigen können. Dazu gehören:

- Verhandlungen auf "höherer Firmenstufe".
- "Step-Negotiation".
- "Mediation".
- "Minitrial".
- "Zweistufiges" Schiedsgericht.

Im Laufe oder noch vor Beginn der Verhandlungen können weitere Vorkehren vereinbart werden, die den Konflikt einer einvernehmlichen Lösung näherbringen. Dazu gehören:

- Einholung gemeinsamer (verbindlicher oder unverbindlicher) Gutachten zu Einzelfragen.
- Stellvertretender (verbindlicher oder unverbindlicher) Entscheid von Einzelfragen durch beidseitig bezeichnete Fachleute.

- b. **Vereinbarte Sofortlösung von Konflikten.** Konflikte, die im Laufe der Bauarbeiten entstehen, aber ungelöst bleiben, können sich negativ auf die Vertragsabwicklung auswirken. Namentlich bei grösseren und komplizierten Bauaufträgen liegt es deshalb im Interesse beider Parteien, dass sie zu einer *raschen Konfliktlösung* noch während der Bauausführung gelangen. Auch zu diesem Zwecke ("Jobsite Dispute Resolution") hat die Vertragspraxis Verfahren entwickelt. Deren Kern besteht in der Einrichtung einer ständigen Schlichtungsinstanz ("Standing Neutral Concept" oder "Disputes Review Board"), deren Entscheide als verbindlich gelten, wenn sie innerhalb einer bestimmten (kurzen) Frist von keiner der Parteien abgelehnt werden. Im angloamerikanischen Rechtskreis wird traditionellerweise auch die Bauleitung mit gewissen Entscheidkompetenzen ausgestattet, was hierzulande aber auf Bedenken stösst, weil die Bauleitung eine Hilfsperson des Bauherrn ist.